

A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE DIRIGIDA A CRIANÇAS: UM PONTO DE ENCONTRO ENTRE O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO DO CONSUMIDOR

TAMARA AMOROSO GONÇALVES

Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente artigo abordará a temática da regulamentação da publicidade dirigida a crianças, apresentando conexões entre o campo dos direitos dos consumidores e de crianças e adolescentes. São apresentados brevemente marcos normativos, propostas de projeto de lei que atualmente tramitam no Congresso Nacional e um sucinto cenário de como o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor vem tratando a temática.

1. Introdução – direitos difusos e coletivos: criança e adolescente e defesa do consumidor

Em diversos países, a tutela dos direitos difusos e coletivos relaciona-se intimamente com o desenvolvimento da sociedade de consumo. As drásticas e rápidas mudanças trazidas pelas transformações nos processos de produção e consumo mudaram não apenas a forma como vivemos, mas consequentemente a maneira como o direito passa a lidar com as relações que então se estabelecem. Em poucas palavras, observa-se uma radical alteração no sistema de responsabilidade civil.

Para Lipovetsky¹, pode-se identificar três grandes fases que marcam o desenvolvimento da sociedade de consumo: o nascimento dos mercados de massa (invenção do consumo-sedução); a sociedade de consumo de massa (sociedade da abundância/desejo) e a sociedade do hiperconsumo (período atual). Nesse processo, a produção deixou de ser artesanal para se dar em processos fabris contínuos (produção em massa), mediante a organização científica do trabalho. O escoamento da produção também mudou. As compras passam a ocorrer em grandes centros comerciais e observa-se a democratização do acesso a bens de consumo, disseminada em particular por diferentes estratégias de marketing. Aos poucos, a publicidade vai ocupando um papel cada vez mais relevante enquanto movimentador dessa nova sociedade que vai se formando.

Com as crescentes mudanças nos processos de produção e distribuição de bens, o tradicional sistema jurídico de responsabilidade civil, baseado na persecução da culpa, começou a se mostrar insuficiente para tratar das novas problemáticas. Desenvolve-se, aos poucos, o que se convencionou chamar de “sociedade de risco”. Um risco que nem sempre é precisamente identificável ou particularizado. A expressão mais evidente desta mudança de paradigma em termos de responsabilização se observa no campo do direito ambiental, em que eventuais riscos transcendem o individual e particularizável. Portanto, para lidar com novos direitos e novas relações jurídicas, novos instrumentos se fazem necessários.

No Brasil, a partir de 1988, com a nova constituição, os assim chamados direitos difusos e coletivos foram constitucionalizados, sendo revestidos de proteção especial, na qualidade de direitos fundamentais e também sociais. A constituição também determinou a elaboração de normativas infralegais que assegurassem a sua plena efetividade. Abriam-se caminhos para a regulamentação de diversos direitos sociais, de determinados grupos

vulneráveis, bem como para a tutela de direitos que, embora possam ser exercidos individualmente, comportam uma inegável dimensão coletiva. Ganham impulso regulamentações relacionadas à: proteção de direitos de futuras gerações, principalmente com forte cunho ambientalista; garantia de direitos de grupos vulneráveis, como mulheres, crianças, idosos; promoção e defesa dos direitos dos consumidores, dentre outros.

A normativa consumerista surge em meio a discussões eminentemente sociais e em um momento de crise econômica, diversamente do que ocorre em outros países em que a proteção aos consumidores se desenvolve em um momento de expansão e consolidação da sociedade de consumo. Embora já existissem algumas normas no país que trouxessem balizas para determinados temas de consumo, a definição de um campo de atuação de forma coletiva, um pouco antes da constituição de 1988, estimulou significativamente a discussão de problemas de consumo massificados²:

“É possível ser tão preciso, ao apontar o ano de 1985 como o ano de passagem para uma nova etapa, em razão do surgimento de duas leis extremamente importantes e inovadoras, e que, não por acaso, foram editadas exatamente na mesma data – dia, mês e ano – o que permite dizer que uma existe por conta da outra: a chamada Lei da Ação Civil Pública, Lei Federal 7.347, e o decreto federal que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Dec. 91.469. (...)

Essa lei [Lei de Ação Civil Pública] é importantíssima na exata medida em que aponta para a possibilidade da organização da sociedade com o objetivo de pleitear os chamados direitos coletivos. Pela primeira vez, na legislação brasileira, os consumidores organizados podem efetivamente intervir judicialmente nas questões coletivas mais importantes, pleiteando, tanto dos fornecedores como dos governos, sua proteção.”³

A definição de um marco normativo para atuação judicial coletiva foi responsável pelo impulso fundamental para a organização do campo dos direitos difusos e coletivos. Ganham vazão, nesse processo, não apenas as demandas relacionadas a relações de consumo, como também as afeitas ao meio ambiente, problemáticas enfrentadas por crianças e adolescentes e, futuramente, também idosos.

Aos poucos, as normativas infraconstitucionais foram sendo aprovadas, assegurando os direitos materiais passíveis de tutela coletiva. Curiosamente, no mesmo ano (1990), foram editadas duas normas centrais para o tema ora em debate: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Ambos os campos se desenvolveram muito desde a década de 1990 e trilharam caminhos até certo ponto independentes. Mas recentemente uma temática que vem ganhando cada vez mais espaço na sociedade forçou um ponto de encontro entre ambas as áreas: a discussão sobre a regulamentação da publicidade dirigida a crianças. Conforme será abaixo indicado, o tema provoca uma interpretação sistemática entre os dois diplomas legais, apontando, para muitos, a necessidade de maior regulamentação, com o objetivo de cumprir o mandamento constitucional de assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes.

O debate vem sendo marcado pelo posicionamento de organizações da sociedade civil de defesa dos consumidores e de crianças e adolescentes e por representantes dos setores industriais e de empresas e comunicação – agências de publicidade, emissoras de TV etc. No debate público, o conflito que se tem forjado apresenta uma oposição entre liberdade de expressão e proteção à infância no âmbito das relações de consumo. Esse conflito, no entanto, mostra-se apenas aparente, conforme se mostra a seguir.

2. Publicidade infantil: panorama jurídico

2.1. Marcos normativos

No Brasil, tanto a proteção aos direitos dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) quanto de crianças e adolescentes (CF, art. 227) derivam de expresso mandamento constitucional. No caso de crianças e adolescentes, a determinação é de que os direitos destes sujeitos sejam assegurados com absoluta prioridade. Trata-se do único caso em que a constituição explicita este tipo de priorização.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vem regulamentar no país a doutrina da proteção integral, reforçando a disposição constitucional de que cabe a todos, família, sociedade e Estado, assegurar integralmente os direitos humanos destes sujeitos em peculiar processo de desenvolvimento.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor trouxe balizas e princípios fundamentais norteadores das relações de consumo no país. Trata-se de normativa de referência inclusive para outros países, extremamente atual e dinâmica, haja vista o seu caráter eminentemente principiológico, que permite sua ampla adaptação mesmo aos problemas mais modernos, trazidos pelo desenvolvimento da sociedade de consumo no país.

A publicidade em geral encontra-se regulamentada no Código de Defesa do Consumidor e por algumas legislações esparsas, sendo que o ECA silencia em relação à publicidade, determinando, no entanto, um dever geral de proteção a crianças e adolescentes face aos mais diversos conteúdos midiáticos – em especial artigos 4º, 76, 78 e 79.

Pode-se dizer que a publicidade constitui-se no instrumento pelo qual o fornecedor faz com que seu produto ou serviço seja conhecido pela coletividade. Mas, em verdade, é muito mais do que isso. A publicidade, atualmente, estimula não apenas o interesse dos consumidores sobre determinados bens, como também induz ao seu consumo. Para tanto, além de produtos, a publicidade difunde valores, modos de vida, padrões de beleza e de comportamento. Ela apresenta parâmetros (sejam refletidos ou forjados) daquilo que pode ser considerado normal, desejável, esperado. Para ser bem sucedida, a mensagem deve dialogar ou refletir, em alguma medida, valores e sentimentos dos indivíduos de determinada sociedade. Sendo assim, impacta profundamente a sociedade, em uma relação de troca mútua: ao mesmo tempo em que reflete valores, os forja; ao mesmo tempo em que sinaliza o que seria um comportamento adequado, normal ou desejável, o estimula. Com isso, marca profundamente os processos de formação dos indivíduos, em especial aqueles em desenvolvimento biopsicológico, como as crianças⁴.

Boa parte dos doutrinadores diferenciam publicidade de propaganda, sendo a primeira dotada de intuito manifestamente venal e a segunda do objetivo primordial de disseminar ideias políticas, filosóficas, religiosas (campanhas políticas, governamentais etc.). Essa diferenciação é fundamental para a discussão que hoje se coloca sobre a regulamentação da publicidade dirigida a crianças. Para fins de estudo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, neste trabalho será utilizado apenas o termo publicidade, que é a mensagem que se insere no contexto de uma relação de consumo, como expressão da atividade empresarial e instrumento essencial ao seu desenvolvimento nos dias atuais.

A publicidade, como ação empresarial destinada a promover o incremento da comercialização de produtos e serviços, é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece uma disciplina, indicando limites para que esta mensagem seja considerada lícita. A matéria é tratada pelos artigos 36, 37 e 38 do código.

Pode-se indicar dois princípios basilares a reger a publicidade: o da identificação da mensagem publicitária e o da veracidade. O primeiro, estabelecido no artigo 36, determina que o consumidor deve ter ciência de

que está sendo exposto a uma mensagem comercial, que teve sua inserção em determinado conteúdo de mídia onerosamente assegurado pelo anunciante. Este aspecto é importante para que o consumidor não confunda conteúdo jornalístico com publicidade ou mesmo não seja induzido a pensar que eventual conteúdo apresentado na mídia como a manifestação de personalidade, ao recomendar o uso de um produto, por exemplo, corresponda a sua verdadeira opinião. O segundo relaciona-se com o princípio geral de boa-fé e transparência nas relações de consumo, segundo o qual as informações veiculadas pelos fornecedores devem ser corretas e verdadeiras, permitindo ao consumidor compreender exatamente as qualidades do produto ou serviço que está sendo anunciado.

O artigo 37 define como ilícita a publicidade enganosa ou abusiva. Nos termos do § 1º e § 3º, é enganosa a publicidade que induza o consumidor a erro sobre as características ou qualidades dos produtos e serviços, seja porque apresenta qualidades que o produto em verdade não tem, seja porque omite informações essenciais. Essas previsões visam assegurar o direito fundamental dos consumidores à liberdade de escolha, na medida em que a falta de informações claras e precisas na publicidade pode afetar negativamente este direito.

Já a publicidade abusiva comporta uma dimensão subjetiva que dificulta a sua identificação na prática. Como a definição de abusividade dependerá da percepção e valores individuais, nem sempre haverá consenso sobre a ilicitude de uma publicidade nos termos do artigo 37, § 2º. Define o código, em rol exemplificativo, que será abusiva, “*dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*”. Como se nota, os critérios são bastante amplos e permitem grande margem interpretativa⁵. Segundo Suzana Maria Pimenta Federighi:

“A publicidade abusiva está relacionada à forma de abordagem do consumidor, não sendo obrigatória a existência de outros fatores que induzam a nocividade da prática comercial divulgada. Não está necessariamente ligada à ideia de falta de lisura do produto. O rol de condutas é enumerativo, sendo impossível ao legislador elenca-las exaustivamente.

A publicidade abusiva comporta uma dimensão subjetiva que dificulta a sua identificação na prática

Ela é uma categoria de publicidade ilícita residual, do catálogo de condutas criado pelo CDC no artigo 37, parágrafo 2º. Enquanto a publicidade enganosa depende de uma definição clara da conduta danosa, a publicidade abusiva tem conteúdo mais extenso.

A publicidade abusiva viola os interesses múltiplos da sociedade, viola valores e direitos globalmente, ameaça a incolumidade do indivíduo, Ela é incompatível com todo e qualquer parâmetro de juridicidade. Está oposta ao interesse público, ao interesse social genericamente considerado, desmerece os direitos constitucionais reservados ao indivíduo. Não se coaduna a nenhum interesse que não seja aquele individual do fornecedor de vender seu produto.

*Em todas as modalidades de publicidade abusiva observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação – conceito que não se confunde com deficiência mental –, segurança e sensibilidade do consumidor. Também vale mencionar uma definição a partir de posicionamento do Supremo Tribunal Federal Americano, que definiu a publicidade abusiva como aquela que ‘ofende a ordem pública, o que não é ético ou que é opressivo ou inescrupuloso’.*¹⁶

Além das previsões do Código de Defesa do Consumidor, há leis específicas que tratam da publicidade, como a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que traz restrições ao uso e à publicidade de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, e a Lei 11.265, de 3 de janeiro de 2006, que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, além de produtos de puericultura correlatos.

A Lei 9.294/96 atende a mandamento constitucional – § 4º do artigo 220 da Constituição Federal – e trata da publicidade de produtos que possuem, intrinsecamente, potencial risco à saúde do consumidor. A norma atinge e restringe a publicidade de produtos fumígenos – derivados ou não do tabaco –; bebidas alcoólicas – nos termos desta lei aquelas com teor alcoólico superior a treze graus de Gay Lussac; medicamentos e terapias e defensivos agrícolas. Além da proibição da veiculação de publicidade de tabaco, abrangendo inclusive o patrocínio de eventos culturais e esportivos, a lei permite a veiculação de publicidade de bebidas alcoólicas apenas no período entre 21:00 e 06:00 h da manhã (art. 4º). A publicidade de medicamentos somente poderá ser feita se cumpridos certos requisitos, como a inserção de avisos – por exemplo: “ao persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado”. Também há restrição à veiculação de publicidade de defensivos agrícolas que sejam tóxicos (art. 8º). Ainda sobre bebidas alcoólicas, o

Estatuto da Juventude, Lei 12.852, de agosto de 2013, proíbe a veiculação de publicidades “contendo qualquer teor alcoólico com a participação de pessoa com menos de 18 anos de idade”.

Já a Lei 11.265/06 é um pouco mais ampla e regulamenta a comercialização de produtos para a primeira infância e, neste âmbito, a publicidade de alimentos para lactentes. Esta legislação foi em muito impulsionada pelos movimentos de defesa dos direitos de crianças pequenas (primeira infância), preocupados, dentre outros, com a disseminação de informações equivocadas sobre a alimentação de lactentes quando da veiculação de produtos alimentares para estes indivíduos; na medida em que há recomendações da Organização Mundial de Saúde e da comunidade médica em geral para que haja preferencialmente o aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de vida.

A norma regulamenta a comercialização e práticas correlatas (inclusive publicidade) dos seguintes produtos: fórmulas infantis para lactentes e fórmulas infantis de segmento para lactentes, fórmulas infantis de seguimento para crianças de primeira infância, leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal, alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes ou crianças de primeira infância e quaisquer outros alimentos à base de leite ou não quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para a alimentação de lactentes e crianças de primeira infância, fórmula de nutrientes apresentada ou indicada para recém-nascido de alto risco, mamadeiras, bicos e chupetas (artigo 2º). Veda a promoção comercial de fórmulas infantis para lactentes (inclusive das fórmulas de segmento para lactentes), fórmula de nutrientes para recém-nascidos de alto risco, mamadeiras, bicos e chupetas. Já outros itens, como as fórmulas infantis de transição apenas poderão ser anunciadas com a veiculação de informações como: “O Ministério da Saúde informa: após os 6 (seis) meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos.” A norma ainda prevê estritas regras relacionadas, por exemplo, à oferta de amostras grátis destes produtos e eventual presença de profissionais das empresas que os comercializam em hospitais e unidades de saúde, bem como trata de outros aspectos relacionados à venda destes itens, como rotulagem e outros.

Ainda relacionado à publicidade de alimentos, com o aumento significativo dos índices de sobrepeso, obesidade e outras doenças crônicas não transmissíveis, tem sido cada vez mais debatida a regulação da publicidade de alimentos ultraprocessados⁷, inclusive em foros internacionais. No Brasil, a

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) editou, após longo período em consulta pública (2006 a 2010), a resolução RDC 24, que regulamenta a publicidade de alimentos ultraprocessados, determinando que a publicidade de alimentos com altos índices de sal, gordura e açúcares e as bebidas de baixo valor nutricional deve vir acompanhada de mensagens informativas sobre os riscos implicados no consumo excessivo e habitual destes produtos. A norma foi objeto de contestação judicial por parte da ABIA – Associação Brasileira de Indústrias Alimentícias e de outras entidades representativas do setor. Em fevereiro de 2013, a 6ª turma do TRF da 1ª região confirmou a decisão de primeira instância, favorável à ABIA, entendendo que a Anvisa não teria competência para regulamentar a matéria.

Como se nota, inobstante as diversas previsões normativas, nenhuma aborda especificamente a maior vulnerabilidade das crianças face aos conteúdos publicitários; a questão depende de interpretação das previsões genéricas do próprio Código de Defesa do Consumidor. Assim, eventual restrição ou proibição baseia-se, via de regra, em uma interpretação sistemática que engloba o artigo 227 da Constituição, os artigos 71, 75 e 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ e os artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Por este caminho, já é possível sustentar que a criança, enquanto sujeito hipervulnerável no âmbito das relações de consumo, dado o seu peculiar processo de desenvolvimento biopsicológico, deverá receber sempre proteção adicional. Em outras palavras, resta claro que o direcionamento de publicidade a pessoas com idade inferior a 12 anos de idade reveste-se de intensa abusividade, ferindo não apenas o código consumerista, como a normativa de proteção a crianças e adolescentes.

Pesquisas conduzidas não apenas no Brasil⁹ como também no exterior sinalizam que as crianças devem ser protegidas das mais diversas estratégias de marketing, na medida em que são mais vulneráveis e sofrem seus impactos de forma mais incisiva, pois, pelo menos até os 12 anos de idade, não possuem recursos suficientes para compreender plenamente o caráter necessariamente venal da publicidade, dado que é apenas por volta desta idade que iniciam o processo de desenvolvimento do pensamento crítico-abstrato¹⁰.

No sentido de uma leitura mais integrada das questões relacionadas a direitos de crianças e adolescentes e atividade empresarial, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos das Crianças (CRC), responsável pelo monitoramento da implementação da convenção, bem como pelas publicações de recomendações gerais com orientações interpretativas sobre

a convenção, já vem se debruçando sobre o tema. Tanto que já se encontra previsto para setembro de 2014, a abordagem do assunto no âmbito do Dia de Discussão Geral (*Day of General Discussion*), que tratará de temáticas relacionadas a mídia, redes sociais e direitos das crianças. Ainda, o comitê já aprovou a Recomendação Geral 16 de 2013, a qual aborda “As obrigações estatais relacionadas ao impacto das ações mercadológicas para os direitos de crianças”, que já tangencia a matéria¹¹.

2.2. Propostas legislativas

O tema da publicidade infantil tem gerado intensos debates na sociedade brasileira, movimentando significativamente o Poder Legislativo. Atualmente encontram-se em tramitação no Congresso Nacional diversos projetos de lei sobre a matéria:

– *Senado Federal:*

– PLS 282, de 2010, que altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para dispor sobre a publicidade de alimentos direcionada ao público infantil. Atualmente se encontra apensado ao PLS 281, 282 e 283, de 2012, sendo que todos foram tramitados para a Comissão Temporária destinada à modernização do Código de Defesa do Consumidor.

– PLS 360/2012, que altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. O projeto está pronto para ser apreciado na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal.

– *Câmara dos Deputados:*

– PL 1.745/2011, que tramita em conjunto com o PL 5.608/2013 e propõe a regulamentação da publicidade infantil de alimentos.

– PL 6.502/2013, que dispõe sobre medidas para regular a exposição publicitária e comercial de bebidas alcoólicas, altera a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e dá outras providências.

– PL 702/2011, que altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), restringindo a veiculação de propaganda de produtos infantis.

– PLP 120/2011, que altera o art. 36 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a proteção do consumidor com o fim de estabelecer proibição a toda forma de publicidade de produtos e serviços dentro das escolas de educação básica.

– PL 244/2011, que altera a redação do § 2º do art. 37 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para estabelecer como abusiva a publicidade que possa induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

– PL 87/2011, que altera o art. 36 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a proteção do consumidor e outras providências, a fim de estabelecer a proibição a toda forma de publicidade de produtos e serviços no âmbito das escolas de educação básica.

– PL 6.968/2010, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para tornar mais claros os critérios a serem obedecidos pela programação televisiva veiculada no horário destinado a crianças e adolescentes.

– PL 5.921/2001, que acrescenta parágrafo ao art. 37 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, com o objetivo de proibir a publicidade/propaganda para a venda de produtos infantis.

Os projetos ora relacionados não esgotam a lista de proposições que tratam do tema, pois ao PL 6.968/2010 encontram-se apensados 71 outros projetos e no Senado Federal encontra-se instalada Comissão Temporária para revisar e modernizar o Código de Defesa do Consumidor, na qual estão outras propostas legislativas relacionadas à matéria.

Como se nota, boa parte deles visa regular especificamente a publicidade de alimentos ultraprocessados, sinalizando a grande sensibilidade do Congresso para a relação que vem se estabelecendo entre a publicidade destes produtos e o crescimento alarmante dos índices de sobrepeso, obesidade e outras doenças crônicas não transmissíveis, particularmente entre as crianças. Inobstante, dentre tantos projetos de lei em discussão, merece destaque o PL 5.921/2001, de iniciativa do então deputado Luiz Carlos Hauly. Tramitando há praticamente 13 anos, busca acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor redação específica sobre a publicidade dirigida a crianças. A discussão desta proposta normativa é uma das mais avançadas, já tendo contado com diversas audiências públicas e textos substitutivos. Atualmente encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados à espera de designação de relator. Dentre todos os substitutivos aprovados e discutidos, aquele proposto pela deputada Maria do Carmo Lara parece trazer avanços mais significativos, detalhando regramentos diferenciados para a publicidade dirigida a crianças e a adolescentes, em sintonia com a doutrina da proteção integral e as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente¹².

Percebe-se que a sociedade brasileira vem discutindo, por meio de seu parlamento, alternativas legislativas para tratar da questão, já que não há consenso interpretativo na doutrina ou na jurisprudência. O principal embate que se impõe relaciona a questão de eventual regulamentação da publicidade à censura e a restrição indevida à liberdade de expressão.

Quando neste campo, a discussão se torna mais complicada, trazendo à tona traumas e resquícios do período ditatorial experimentado pelo Brasil. No entanto, para clarificar o debate, importa desde logo diferenciar regulação da publicidade e censura. Primeiramente, é preciso lembrar que a publicidade hoje já se encontra regulada: no Código de Defesa do Consumidor e em legislações esparsas, conforme já citado. As disposições do código são definidas pelo próprio texto constitucional como um limite à atividade empresarial (CF, art. 170, V). A publicidade, em particular, deve ser entendida como uma expressão desta atividade, limitada, desde logo, aos ditames do código consumerista. Isso em vista, ainda que as peças publicitárias comportem alguma dimensão criativa ou artística, não se propõem a veicular e disseminar livremente ideias e posicionamentos políticos ou filosóficos. Antes de mais nada, são desenvolvidas mediante contratação de uma empresa que deseja anunciar seus produtos ou serviços, em espaço adquirido onerosamente nos diversos suportes de mídia.

Já a liberdade de expressão é garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos como direito fundamental e deve promover a livre troca de ideias, filosofias, ideais políticos etc. A censura é tipicamente o ato de se proibir, previamente à veiculação, a circulação destas ideias. Não se confundem, como se vê, regulamentação da publicidade – que trata de uma ação empresarial com o objetivo de vender produtos e serviços e auferir lucro – com restrições indevidas à liberdade de expressão. Além disso, a censura opera-se sempre previamente, evitando que determinados conteúdos sejam amplamente veiculados na mídia, enquanto que a regulação da publicidade prevê tão somente limites à atividade publicitária, cabendo responsabilização, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, mediante ação fiscalizatória realizada pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, após a veiculação da peça publicitária na mídia. Ou seja, é

A criança, no âmbito das relações de consumo, dado o seu peculiar processo de desenvolvimento biopsicológico, deverá receber sempre proteção adicional

forma de mitigar, conter e responsabilizar o fornecedor em caso de abusos praticados no âmbito da promoção de seus produtos ou serviços.

Por fim, ainda que forçosamente se pudesse admitir que a publicidade seria alguma forma de “liberdade de expressão empresarial”, ainda assim estaria sujeita a limites definidos constitucionalmente – como o respeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes – e às previsões do Código de Defesa do Consumidor e demais normativas esparsas.

3. A publicidade infantil no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

A questão da publicidade infantil não é pacífica no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Embora seja temática controversa, justamente pela novidade que apresenta, alguns órgãos já têm se posicionado a respeito, na medida em que o controle da publicidade pode ser feito de forma difusa e concorrente pelos diversos órgãos de defesa do consumidor – núcleos especializados do Ministério Público, defensorias, Procons estaduais e municipais. Nesse contexto, podem ser observadas medidas administrativas e ações judiciais sobre a matéria.

No âmbito administrativo, as decisões já publicadas são mais promissoras do que aquelas encontradas no judiciário. Parece já haver consenso em alguns órgãos, como por exemplo o Procon/SP, de que direcionar publicidade às crianças consubstancia-se em publicidade abusiva, passível de repressão. Há pelo menos três processos administrativos que culminaram em multa aplicada pelo órgão e que, ao menos até o momento, ainda não foram judicializadas¹³, todas relacionadas à publicidade de alimentos ultraprocessados:

“Auto de Infração 05466-D7, lavrado em 05.08.10. Alsaraiva Com. Empreendimentos Imob. e Part. Ltda. Veiculou a campanha publicitária denominada ‘Kit Habib’s que bicho é esse?’ na qual enfatiza a atuação das personagens – atores mirins interagindo com os 16 bichinhos inanimados divulgados, cantando e se divertindo muito – associando-as a sentimentos e estados de espírito tais como a diversão, a felicidade e a inserção social, aproveitando-se do desenvolvimento incompleto das crianças e da sua natural falta de posicionamento crítico, para induzi-las a possuir os brindes adquiridos separadamente ou mediante a compra do kit composto de duas esfirras, uma porção de batatas fritas e um suco de laranja – produtos alimentícios e bebidas produzidos pela autuada – substituindo, dessa forma, seus desejos espontâneos por aqueles despertados por

esses apelos mercadológicos, além de promover o consumo de alimentação pouco saudável, concorrendo para hábitos alimentares inadequados especialmente para esse público. Multa aplicada no valor de R\$ 2.408.240,00.

Auto de infração 1715 – D6, lavrado em 03.09.07. Sadia S/A. Empresa acima qualificada veiculou a campanha publicitária ‘Promoção Mascotes Sadia’ em revistas, outdoors, televisão e Internet, com vigência entre 19/06/2007 a 12/08/2007, ou enquanto durarem os estoques, sendo necessário para participar a aquisição de 05 produtos da empresa contendo selos de cores diferentes (vermelho, azul, amarelo, preto e branco), acrescentar mais R\$ 3,00 em dinheiro e trocar por uma mascote (patinador, tenista, jogador de vôlei, jogador de futebol e judoca). No vídeo veiculado na TV e no site www.mascotesadia.com.br aparecem somente crianças que cantarolam o ‘jingle’ da promoção, brincam, dormem e vão à escola com suas mascotes, outrossim, neste anúncio que é vocalizado por locutor, há a utilização de comandos imperativos, com a utilização das palavras ‘confira’, ‘colecione’ e ‘participe’, contrariando o item 2 do anexo H do Código de Auto-regulamentação publicitária do Conselho de Auto-regulamentação Publicitária – CONAR – que disciplina a propaganda comercial de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas, nas quais o anunciante deve abster-se da utilização de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo quando o produto for destinado à criança. Pesquisas demonstram que 85,5% das crianças assistem TV diariamente, 74% acessam a Internet e se informam através destes meios, crianças estão cada vez mais influentes na hora da compra, 88,5% acompanham a pessoa responsável pelas compras, 56% disseram que o que é mais fácil de pedir e conseguir são comidas, lanches e doces (as fontes das pesquisas são, respectivamente: Kiddo’s Brasil 2006, Pesquisa Welbeing, Kiddo’s 2006 e Pesquisa CN.COM.BR). Dessa forma, o autuado aproveita-se da inexperiência, da deficiência de julgamento e da influência que as crianças exercem sobre os pais para conseguirem as mascotes, induzindo-os à aquisição de produtos que não são voltados especificamente para elas. A razão da compra dos alimentos vinculados à promoção não é pautada pela sua necessidade ou pela qualidade desses produtos, mas pela vontade das crianças em adquirir a coleção completa das 05 diferentes mascotes. Sendo assim, o autuado infringiu o § 2º do artigo 37 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor. Valor da multa: R\$ 305.493,33. No mesmo sentido, Auto de Infração 05186 – D-7, lavrado em 29.06.10, em face de Dunga Produtos Alimentícios Ltda. Multa aplicada no valor de R\$ 158.240,00.”

No âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria Nacional do Consumidor/MJ, embora haja diversas investigações em andamento, uma decisão de 2010 marcou um

limite importante para o *merchandising* dirigido a crianças. A reprovação ao *merchandising* não é pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência, sendo que a discussão relaciona-se com a possível violação ao princípio da identificação da mensagem publicitária. O código não disciplina esta matéria em específico, mas tão somente assegura a observância do princípio da identificação da mensagem publicitária.

Nesse contexto é que se verifica, então, a inovação do posicionamento do DPDC. Tendo sido instaurado processo administrativo que identificou a veiculação de *merchandising* em programação infantil, foi aplicada sanção de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), nos termos da Nota Técnica 173/2011 – CGAJ/DPDC/SDE. O processo contou com posicionamento do Ministério Público Federal, o qual se manifestou por meio de Nota Técnica do Grupo de Trabalho sobre publicidade infantil no sentido de que, *“como as crianças ainda não possuem capacidade cognitiva para discernir e compreender o caráter persuasivo da publicidade, decorre que as práticas comerciais dirigidas a elas podem ser consideradas inerentemente abusivas e enganosas. No que tange especificamente ao merchandising, a questão se agrava, pois agregada à falta de capacidade de discernimento para compreender genericamente o caráter persuasivo da publicidade comercial, tem-se que a ação publicitária em comento é indireta, utiliza-se de inserções em programas infantis de entretenimento para divulgar e incitar o consumo.”* Considerou-se que a ação da emissora de inserir *merchandising* na programação infantil configurou violação aos artigos 4º, caput, I e III, 6º, IV e VI, 36, 37, § 2º, e 39, IV, todos do Código de Defesa do Consumidor. A decisão é inovadora porque trata de dois temas revestidos de polêmica: o *merchandising* e o direcionamento de mensagem publicitária ao público infantil. Nesse sentido, o órgão pacificou que não é lícito veicular anúncios camuflados em meio a conteúdos de mídia direcionados ao público infantil. Uma primeira decisão que traz sinalizações positivas para aqueles setores que buscam maior rigor na repressão a publicidade abusiva como um todo.

Por seu turno, o Ministério Público de São Paulo vem propondo uma série de ações civis públicas questionando a legalidade da publicidade de alimentos ultraprocessados dirigida a crianças. Essa atuação tem sido bastante importante para posicionar a questão no âmbito dos tribunais e verificar a resposta dos magistrados ao tema. Foi encontrada uma sentença positiva e três acórdãos, brevemente relatados a seguir.

Asentença prolatada no bojo do processo 0007025-09.2010.8.26.0004, referente à ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo

em face de Dolly do Brasil Refrigerantes Ltda., é bastante audaciosa. A ação contesta a publicidade dos refrigerantes Dolly, bebida descrita como “perfeita para o lanche e preferida pelas mães”. Inobstante o alardeado pela publicidade, a bebida comercializada não possui qualquer valor nutricional e se dirige eminentemente ao público infantil, incentivando o seu consumo, seja por meio das animações utilizadas na peça, seja mediante a difusão de que seria a “preferida das mães”, sugerindo que a sua ingestão seria não apenas autorizada, mas também incentivada pelas mães. No pedido o Ministério Público requereu a condenação da empresa-ré em obrigação de não fazer consistente em: “1) não veicular: i) por qualquer meio, publicidade dirigida a crianças e adolescentes que associe o consumo dos refrigerantes por ela produzidos, que contenham açúcar a uma vida saudável, ii) publicidade de refrigerante que contenha açúcar adicionado durante a programação infantil das emissoras de televisão, iii) publicidade de refrigerante que contenha açúcar adicionado nas publicações direcionadas ao público infantil; 2) informar aos consumidores, de forma clara e ostensiva, em toda publicidade de refrigerantes que contenham açúcar adicionado, veiculada por qualquer meio, bem como em todos os respectivos rótulos, embalagens e invólucros, que o consumo excessivo de açúcar pode prejudicar a saúde; 3) abster-se de promover qualquer modalidade de concurso, sorteio ou promoção, bem como de distribuir quaisquer brindes ou prêmios, como forma de fomentar o consumo por crianças e/ou adolescentes de refrigerantes que contenham açúcar adicionado, tudo sob pena de incidência de multa de R\$ 10.000.000,00 em caso de violação de qualquer das condenações impostas, em qualquer parte de território nacional, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, como a veiculação de contrapropaganda.”

A questão da
publicidade infantil
não é pacífica
no âmbito do
Sistema Nacional
de Defesa do
Consumidor

Em sua defesa, a empresa-ré articulou sua argumentação principalmente em torno do fato de que não há proibições à venda deste tipo de produto e que a imposição de sanções a apenas esta empresa em particular feriria o princípio da isonomia entre as indústrias de refrigerantes, infringindo o princípio da livre concorrência. Argumentou, ademais, que há normas de autorregulamentação da matéria que seriam suficientes para lidar com o problema.

Atendendo ao pedido do *parquet* e fundamentando a sua decisão nos dados apresentados sobre a crescente epidemia de obesidade e doenças crônicas não transmissíveis em crianças no país e no dever de assegurar-se a garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes (artigo 227, Constituição Federal), determinou-se ser imperioso protegê-las da exploração comercial de sua inexperiência (em atenção ao artigo 37, § 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor). *In verbis*:

Considerando a nocividade à saúde que o consumo excessivo do refrigerante pode causar, cumulado com o objetivo precípua da propaganda, instigação ao consumo em massa, legítima e legal se mostra a necessidade de restrição de veiculação da propaganda neste período e nestas publicações, pois atingem exatamente as crianças e adolescentes, que têm proteção integral com absoluta prioridade pela Constituição, especialmente no que se refere à saúde e dignidade. A inexperiência da criança é explorada de forma a permitir o consumo excessivo de produto prejudicial à saúde, ante o seu alto teor calórico e baixo valor nutricional. (...)

O princípio da boa-fé, transparência e dever de clara e precisa informação, como acessórios a garantir a proteção integral à criança e ao adolescente e o respeito ao consumidor (preceitos constitucionais) impõe o dever de explicitar de forma clara e ostensiva, em toda publicidade de refrigerantes que contenham açúcar adicionado, veiculada por qualquer meio, bem como em todos os respectivos rótulos, embalagens e invólucros, que o consumo excessivo de açúcar pode prejudicar a saúde.

Por fim, considerando que a propaganda do produto dá-se também pela forma de promoções, concursos, sorteios e distribuições de brindes ou prêmios, prática que explora a inexperiência e deficiência de julgamento das crianças, e visa, como toda propaganda, ao aumento do consumo, deve prevalecer a proteção à saúde das crianças em detrimento ao fim exclusivamente econômico que está por trás da publicidade, qual seja, aumento das vendas e lucros da empresa ré.

Portanto, na colisão dos direitos envolvidos na presente lide, o direito à liberdade de expressão da atividade comercial, traduzido pela publicidade impugnada, que tem a finalidade de promover a bebida industrializada de alto teor calórico e, em última análise aumentar as vendas da ré (finalidade econômica/capitalista) merece restrição, limitação, em prol da preservação da saúde das crianças e adolescentes.

A restrição constitucional deve ser reconhecida visando a proteção absoluta da criança e do adolescente de responsabilidade não só dos pais, mas também do Estado e da Sociedade.

A inversão dos valores envolvidos, ou seja, prevalecer a liberdade de expressão em detrimento da proteção infantil, protagoniza o capitalismo exacerbado, minimizando a importância da qualidade de vida e saúde de nossas crianças, o futuro desse país. (grifos inseridos)

Embora positivo, este posicionamento ainda é isolado no poder judiciário brasileiro. É importante perceber, ainda, que embora os efeitos negativos do direcionamento da publicidade a crianças possam ser observados em diversos aspectos (erotização precoce, sobreposição de valores materialistas a humanistas, incentivo ao consumo excessivo e insustentável, consumo precoce de álcool, tabaco e outras drogas etc.), é no campo da alimentação que as maiores discussões sobre o tema têm se centrado. Possivelmente porque os efeitos do consumo exagerado de alimentos ultraprocessados são literalmente mais visíveis e palpáveis: obesidade e sobrepeso desde a infância, aumento dos índices de doenças crônicas não transmissíveis, dentre outras.

Em linhas gerais, a argumentação desenvolvida pelo setor regulado e acolhida nos tribunais, em casos que envolvem a publicidade destes alimentos, defende ser de responsabilidade exclusiva dos pais o controle e o monitoramento das escolhas alimentares de seus filhos. Entendem ainda que eventual limitação à publicidade dirigida a crianças encerraria uma forma de censura, na medida em que ofenderia a liberdade de expressão empresarial. Ora, como já abordado, esta tese é bastante controversa ao emprestar uma categoria de direitos fundamentais a pessoas jurídicas, com objetivo primordial de auferir lucro.

O acórdão publicado em 1º de dezembro de 2010 julga improcedente a apelação cível 990.10.282755-0, interposta pelo Ministério Público de São Paulo no bojo de ação civil pública proposta em face de Pepsico do Brasil Ltda. Versa a ação sobre a venda casada de alimentos ultraprocessados, no caso salgadinhos, com itens atrativos ao público infantil, chaveirinhos de personagens caros às crianças. De forma resumida, o tribunal entendeu não haver venda casada, por considerar “irrisório” o brinquedo (chaveiro) vendido em conjunto com o alimento. Justifica, também, a adoção desta estratégia de marketing pela empresa em questão como uma prática comum no mercado, corriqueira entre “empresas de renome” (sic) como Nestlé, Sadia e Bauducco. Ainda responsabiliza integralmente os pais pelo eventual consumo desmedido de alimentos ultraprocessados e justifica a improcedência do pedido no fato de que eventual restrição à prática publicitária desta empresa em particular feriria o princípio da igualdade:

Providências têm sido tomadas pelas autoridades sanitárias para a redução desses componentes nocivos, o que tem produzido alguns resultados satisfatórios, mas, em relação às crianças, nada substitui a orientação e a autoridade paternas com vistas à redução do consumo de produtos não saudáveis e que possam provocar a obesidade infantil.

Assim, condenar a comercialização do produto da ré, ainda que indiretamente, sem condenar os similares que se encontram à venda, não tem o menor cabimento, sem contar que isso não foi objeto de pedido expresse formulado na peça vestibular.

Na apelação interposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa da Cidadania (994. 06.164688-0), no bojo da ação civil pública proposta em face de Coca Cola Indústria Ltda. e Companhia de Bebidas das Américas, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a improcedência da ação, determinada em primeira instância. O pleito foi ajuizado pela organização da sociedade civil com o objetivo central de restringir a publicidade de refrigerantes e demais bebidas adoçadas direcionada a crianças. Em síntese, a ação teve como pedido a imposição de obrigação de não fazer às rés, consistente em abster-se de realizar publicidade das bebidas adoçadas direcionada às crianças, com o objetivo de se conter a epidemia de obesidade infantil que se alastra na sociedade brasileira.

O acórdão apresenta uma série de argumentos relacionados a aspectos processuais da demanda e, no que se refere ao mérito, concentra-se nos seguintes argumentos: i) inexistência de restrição legal expressa a esse tipo de publicidade (em atenção ao artigo 220, § 4º, da Constituição Federal); ii) necessidade de se garantir o princípio da isonomia e da livre iniciativa, considerando que as rés não são as únicas empresas do mercado a comercializarem este tipo de produto; iii) a restrição à publicidade no caso em tela restaria inócua em termos de se alcançar a finalidade pretendida, qual seja, a redução dos índices de obesidade infantil (haja vista que as demais empresas seguiriam realizando publicidade direcionada a esse público-alvo). Posiciona-se o tribunal:

Assim, impor restrições e proibições a apenas algumas das empresas fabricantes de refrigerantes e sucos adoçados enseja a violação ao princípio da livre concorrência, pois somente elas serão sancionadas com restrições e proibições, sendo possível às demais empresas, fabricantes dos mesmos produtos, utilizar-se da via da publicidade para divulgar os seus produtos e com isso aumentar a respectiva comercialização em detrimento das correes, o que fere, por óbvio, o princípio da isonomia.

Como quer que seja, existem inúmeros produtos que contêm açúcar, tais como chocolates, gomas de mascar, balas, pirulitos e cujas publicidades não sofrem qualquer proibição ou restrição. A imposição a somente algumas empresas que fabricam e comercializam produtos contendo açúcar constituiria tratamento desigual entre iguais, o que, como sabido e ressabido, não é permitido em nosso ordenamento jurídico.

Não se pode olvidar, ademais, que as restrições e proibições objeto da presente ação civil pública podem ocasionar confusão entre os consumidores, vale dizer, a restrição e a proibição de veiculação de publicidade de refrigerantes e sucos adoçados impostas somente às empresas constantes dos autos, consubstanciam medida inócua para o fim almejado nesta demanda, porque as demais empresas continuarão veiculando a publicidade referida e os consumidores ficarão sem entender o porquê das empresas-corrés não poderem veicular publicidade ou sofrer restrições nesta publicidade e as outras fabricantes não.

Demais disso, conforme ressaltado pelo eminente Desembargador Enio Santarelli Zuliani, ao analisar caso ao presente assemelhado:

“(...) Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes?...” (TJ/SP – 4ª. Câmara de Direito Privado - Apelação n. 566.275.4/7 – São Paulo – Des. Rei. Ênio Santarelli Zuliani, j. 3.9.2009).

No mesmo sentido, foi decidido o acórdão relativo à apelação cível 994.04.072694-0, interposta pelo Ministério Público de São Paulo em face de Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), Pepsi Cola Industrial da Amazônia Ltda. e Pepsico Inc. No caso da apelação 566.275.4/7, em que figuram como apelante o Ministério Público e apelada a Coca Cola Indústrias Ltda., que versa sobre o mesmo tema, manifestou-se

A normativa
consumerista
surge em meio
a discussões
eminentemente
sociais e em um
momento de crise
econômica

também o tribunal pelo não provimento da ação, tendo como principais fundamentos o princípio da livre iniciativa a reger a ordem econômica, a responsabilidade dos pais, familiares e educadores em prover informação e educação adequada às crianças e problematiza a adoção de medidas judiciais a limitarem a publicidade. Também se apoia em mecanismos de autorregulamentação para afastar qualquer possibilidade de regulação legal da publicidade infantil:

Os refrigerantes figuram nas listas dos vilões da modernidade, a exemplo do que sucede com os cigarros, as bebidas alcoólicas, alimentos manufaturados e até o sistema de comida rápida (fast-food), e estão no alvo de uma acirrada cruzada para modificação de hábitos e vícios, o que constitui um desafio hercúleo em virtude da dificuldade de alteração do modus vivendi imposta pela onda da cultura ocidental. A presente lide está assentada em uma colisão de direitos fundamentais, pois se de um lado concorre uma espetacular defesa da saúde coletiva, notadamente das crianças e adolescentes, que são traídos pelo prazer da bebida doce e gasosa que é nula de valores energéticos ou vitamínicos, do outro está postado o direito de explorar um segmento comercial não reprovado pelas autoridades públicas, mormente da vigilância sanitária. O que se propõe estudar e isso ocorre em todos os casos em que se discute qual o direito preponderante entre os valores confrontados, se existe razoabilidade ou proporcionalidade nas medidas restritivas que o Ministério Público pretende impor na comercialização de refrigerantes.

O recurso critica o julgamento no estado da lide, ao argumento de que a decisão precipitada obistou produção de provas sobre os fatos constitutivos do direito deduzido. Não é possível acolher essa tese porque não se discute um dos itens da causa petendi, ou seja, de o refrigerante adocicado, fabricado pela apelada, ser um produto miserável em nutrientes e, ao mesmo tempo, rico em calorias. Trata-se de fato notório e que independe de provas, até pela suficiência das evidências probatórias encartadas nos autos e que indicam a probabilidade do desenvolvimento de obesidade e grande risco de atrair diabetes aos que vertem, exageradamente, os líquidos gaseificados que expulsaram o suco de frutas dos momentos de refeição e da hidratação diferenciada. O problema é de ordem social e de política de saúde pública e custa crer a indiferença ou descaso com o assunto.

O que é emblemático – e nesse particular foi acertada a r. sentença – é o que exigir do Judiciário na solução desse grave problema, sabido que a interferência do juiz na esfera das atividades privadas autorizadas e por meio de intervenção no campo publicitário, em certos contextos, poderá ser avaliada como uma inutilidade que desmoraliza a própria função e efetividade do serviço público

(art. 5º, XXXV, da CF). O refrigerante em excesso engorda, como engordativos são o chocolate, o macarrão, a pizza, o cachorro-quente, a bolacha, a batata chip, as balas, sorvetes e guloseimas e tantos outros produtos que são deliciosos e do gosto da maioria, especialmente as crianças. Os adultos não resistem aos salgadinhos, pães, queijos amarelos, patês, vinhos, cervejas e tudo isso aumenta o peso e a barriga abdominal. Será preciso constar das embalagens de tais produtos que o consumo é prejudicial à saúde? Evidente que não. Os riscos do consumo dos objetos citados e tantos outros que igualmente fazem oscilar os números das balanças e as fitas que medem a cintura dos indivíduos são conhecidos e dispensam anúncios extravagantes, porque a preferência por eles não diminui com estardalhaço, mas, sim, com campanha educativa. A educação é que dita as regras e estabelece metas possíveis de um consumo inofensivo.

Não há, data vênua dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal. O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o light e diet, de modo que o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo.

O sistema jurídico é subsidiário da gestão pública e será receptivo das metas que busquem a autorregulamentação do setor de publicidade, com medidas de incentivo para que a população imponha os limites, e isso somente será possível mediante informações com propósitos cívicos (formar opiniões), evitando, sempre que permitido, estabelecer praticas arbitrárias e que se assemelham à censura imposta em países de regimes totalitários. Os jornais noticiaram que 24 empresas, entre elas McDonalds, Coca-Cola e Kellogg's, assumiram compromisso formal perante a Anvisa de não fazerem publicidade voltada a crianças de zero até 12 anos em programas de TV em que 50% ou mais da audiência seja constituída por esse público (Folha de São Paulo, 26.8.2009, C4), o que constitui um bom começo. Cabe, portanto, ao Estado, dentro da autorização concedida para atuar (art. 220, § 4º, da CF) emitir os comandos pertinentes, o que explica a promulgação da Lei 9.294/96 (sobre tabaco) e da

Lei 9.294/96 (publicidade em parte restritiva de bebidas alcoólicas). Como constou dos memoriais encaminhados pelo professor Arruda Alvim, foi editada a Resolução Anvisa 360, de 23.12.2003, estabelecendo as normas de rotulagem nutricional dos alimentos industrializados.

Ante este preocupante cenário que sinaliza entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a matéria, parece ser preciso estimular a difusão de informações acuradas e precisas sobre a questão, esclarecendo de uma vez por todas a inexistência de um dilema envolvendo regulação da publicidade dirigida a crianças, liberdade de expressão e exercício da livre iniciativa comercial. Também é importante fortalecer os órgãos que exercem a tutela administrativa, como os Procons e o próprio DPDC, validando e repercutindo as decisões positivas que já tiveram.

4. Considerações finais

Ante as informações apresentadas, observa-se como o aprofundamento do debate sobre a regulação da publicidade dirigida a crianças faz-se urgente e necessário. É preciso desmistificar os posicionamentos de tendência mais liberal, que insistem em estimular a confusão entre regulação da publicidade infantil e censura.

O fato de encontrarmos uma previsão ampla e genérica sobre publicidade abusiva no Código de Defesa do Consumidor não tem sido suficiente para proteger as crianças dos mais diversos e incisivos apelos publicitários. As interpretações variam desde aquelas que compreendem que este direcionamento já se encontra proibido até aquelas que defendem ser legítima a publicidade infantil desde que segundo certos padrões éticos. Exatamente porque a baliza da abusividade no código depende de valores morais e portanto variáveis, parece ser interessante estabelecer, em norma própria, regras específicas que protejam as crianças dos apelos de marketing e tracem limites à publicidade dirigida a adolescentes.

Para começar a desconstruir as percepções absolutistas relacionadas à maximização das liberdades individuais transferidas a empresas privadas é preciso integrar sinergicamente os campos de defesa do consumidor e proteção a crianças e adolescentes, observando que já há parâmetros bastante claros relacionados à atividade publicitária, trazidos pelo próprio Código de Defesa do Consumidor e as diversas normas de proteção a crianças e adolescentes. Órgãos que exercem a tutela administrativa dos direitos dos consumidores,

no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, já têm sido bem-sucedidos ao integrar essas normas, concluindo pela absoluta abusividade do direcionamento de publicidade a crianças.

Notas

¹ LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

² “As principais mudanças ocorridas no período recente, de meados de 1980 até hoje, apontam a internacionalização da economia brasileira e a integração forçada e tardia em uma sociedade mundial de consumo global, com a prevalência da abertura dos mercados, desregulamentação da economia e privatização de serviços públicos. É o ápice da formação da sociedade de consumo no Brasil. Agora uma sociedade totalmente inserida no chamado mercado global.” SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 65.

³ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 124-5.

⁴ Nesse sentido, consultar: LINN, Susan. Crianças do Consumo: a infância roubada. São Paulo, Instituto Alana, 2006; NARIN, Agnes e MAYO, Ed. Consumer Kids. How big business is grooming our children for profit. London, Constable, 2009; KILBOURNE, Jean. Can't buy my love: how advertising changes the way we think and feel. New York, Touchstone.

⁵ “De se observar, entretanto, que todas as modalidades de publicidade abusiva elencadas no dispositivo supracitado importam em ofensa a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais, e é isso que, como regra, a caracteriza. Como diz Antônio Herman Benjamin, ‘pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das Leis, não seja enganoso. Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana. Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela energética da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.’ CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129.

⁶ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. *In* Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (orgs.). São Paulo, Editora Verbatim, 2009, p. 235-6.

⁷ “A essa categoria de alimentos, produzidos majoritariamente por empresas transnacionais, pertencem produtos panificados, biscoitos, bolos, sorvetes, gelatinas, ‘barra de cereal’, doces em geral, embutidos, molhos, ‘macarrão instantâneo’, sopas desidratadas, batata chips e similares, refrigerantes e bebidas adoçadas em geral, entre tantos outros. A matéria-prima típica desses alimentos, aqui denominados ultraprocessados e de baixo valor nutricional – como óleos, gorduras, farinhas, amido, açúcar e sal –, acrescidos de conservantes, estabilizantes, flavorizantes e corantes. Em face de sua condição de alimentos prontos, é comum que sejam consumidos isoladamente ou acompanhados

de outros alimentos do mesmo grupo: por exemplo, pães e embutidos, biscoitos e refrigerantes.” MONTEIRO, Carlos Augusto; CASTRO, Inês Rugani Ribeiro. Porque é necessário regulamentar a publicidade de alimentos. In: *Revista Ciência e Cultura*, v. 61, n. 4, 2009, p. 56-9; p. 57.

⁸ Garantem às crianças e adolescentes o pleno acesso à informação, à cultura e outros produtos e serviços que estejam adequados à sua idade e à sua condição de pessoa em especial processo de desenvolvimento, os quais devem ser sempre anunciados juntamente com sua classificação indicativa.

⁹ “As autonomias intelectual e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade.

Decorre do que foi rapidamente lembrado acima que, se interpretarmos ‘resistência mental’ como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica, temos de fato que tal resistência, na criança, é inferior à do adulto. Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia, e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é, e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor, realmente possui essas qualidades. Acrescentaria aqui que é coerente com o espírito de todo o texto do Decreto a referência ao emprego de personagens que dirigem programas infantis. Com efeito, tais personagens costumam ter grande prestígio aos olhos da criança, costumam ser, para elas, quase que figuras de autoridade: logo, seu poder de influência é grande e acaba sendo exercido, não em benefício da criança, mas sim do anunciante. (...)

Ora, sabe-se – e todas as teorias do desenvolvimento afirmam-no – que a criança tem uma inteligência extremamente ativa, que é muito observadora, que estabelece relações entre os fenômenos que presencia e entre as ideias que tem ou que percebe nos outros. Portanto, do ponto de vista funcional, não há diferença entre a inteligência adulta e a infantil, e muito menos deficiência da segunda em relação à primeira.

Em compensação, há diferença de estrutura. Dos dois aos sete anos em média, a criança ainda não possui as ferramentas intelectuais necessárias ao estabelecimento de demonstrações lógicas e para perceber e superar contradições, quando presentes, nos raciocínios próprios e nos dos outros. E, dos sete aos 12 anos, sempre em média, embora tais ferramentas já tenham sido construídas, permanecem apenas aplicáveis a situações concretas, concreto significa aqui referência a experiências vividas, e não a virtuais ou possíveis. Dito de outra forma, nessa fase a criança está no mundo do real, e não do possível. A partir dos 12 anos, suas estruturas mentais assemelham-se às do adulto, faltando-lhe, é natural, o acúmulo de conhecimento e experiências de vida que não deixará de ter.

Portanto, é correto dizer que a criança não tem a mesma compreensão do mundo que o adulto, se for entendido, com essa afirmação, que, além de menor experiência de vida e de menor acúmulo de conhecimentos, ela ainda não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo, para avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito.” Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida a crianças. Conselho Federal de Psicologia. Parecer do professor Yves de La Taille. Outubro de 2008.

¹⁰ “Most researchers agree that children’s ability to understand the *purpose* or *intention* of TV advertising is one of the most important prerequisites for them to be able to develop a critical or questioning attitude to it. For example, evidence from many studies indicates that is not until children have understood the purpose of TV advertising that they question whether the image advertising gives of a product is ‘true’ or ‘false’, ie form a view about how true the advertising is.(...)”

The results that have attempted to distinguish between different degrees of understanding or levels of awareness, all indicate that is *only* after the age of 12 the children develop a *fuller understanding* of the purpose of advertising.” The Effects of Advertising on Children. The National Swedish Board for Consumer Policies. October, 1994, p. 27-8.

¹¹ Determina o Comitê em sua Recomendação Geral que: “Em relação ao setor comercial, as medidas para assegurar a implementação do artigo 6º deverão ser adaptadas de acordo com o contexto nacional e incluir medidas preventivas tais como a regulação e o monitoramento da publicidade e do marketing, bem como o impacto ambiental dos negócios.”

¹² Para acompanhar a tramitação completa deste projeto de lei e acessar os diversos substitutivos já apresentados, consultar: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>. Acesso em 10.01.2014.

¹³ Tem-se notícia de outras multas já aplicadas pelo órgão sobre o tema, mas que, por encontrarem-se *sub judice*, não podem ser divulgadas.